



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B**

CONSEJERO PONENTE: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil diez (2010).

REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200800568-01

No. INTERNO: 1689-2009

AUTORIDADES NACIONALES

ACTOR : MARIO GALOFRE CANO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia de 2 de julio de 2009, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación - Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y negó las pretensiones de la demanda incoada por Mario Galofre Cano contra la Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores.

LA DEMANDA

MARIO GALOFRE CANO, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca declarar la nulidad del siguiente acto administrativo:



- Decreto No. 4993 de 31 de diciembre de 2007, proferido por el Presidente de la República, por el cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Embajador Extraordinario y Plenipotenciario, Grado Ocupacional 07 EX, en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Brasil.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó:

- Reintegrarlo al cargo que desempeñaba al momento de su retiro o a uno de igual o superior categoría.
- Pagarle los salarios, auxilios, primas, bonificaciones, prestaciones sociales, aumentos y demás utilidades dejadas de devengar desde el retiro efectivo del servicio *"hasta la fecha en que se profiera sentencia dentro de este proceso"*.
- Reconocerle y pagarle sobre la condena económica a que haya lugar la indexación, de conformidad con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE.
- Declarar que para todos los efectos legales, especialmente para lo dispuesto en los artículos 1º y 4º del Decreto 583 de 1995, 29 del Decreto 2400 de 1968 y 4º de la Ley 171 de 1961, no existió solución de continuidad respecto de su vinculación como Embajador Extraordinario y Plenipotenciario, Grado Ocupacional 07 EX, *"entre la fecha de notificación de la declaratoria de insubsistencia y la ejecutoria de la sentencia que habrá de proferirse por el Honorable Tribunal."*



- Dar cumplimiento a la Sentencia en los términos establecidos en los artículos 176 a 178 del C.C.A.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

Por el Decreto No. 3291 de 13 de septiembre de 2005, proferido por el Presidente de la República en ejercicio de la facultad conferida por el numeral 2º del artículo 189 de la Constitución Política, fue nombrado como Embajador Extraordinario y Plenipotenciario, Grado Ocupacional 07 EX, en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Brasil.

Aceptado el nombramiento referido, mediante documento de 20 de septiembre de 2005, y realizado el procedimiento requerido para estos efectos, inició su ejercicio como Embajador Extraordinario y Plenipotenciario el 21 de noviembre de 2008.

La designación ante el Gobierno de Brasil, empero, no fue la primera que se le hizo pues, con anterioridad, durante el periodo comprendido entre el 28 de diciembre de 1994 y el 2 de julio de 2000, ya había ejercido dicha dignidad ante la misma República.

Durante su ejercicio como Embajador Extraordinario y Plenipotenciario la labor profesional fue brillante, lo cual le permitió beneficiarse de múltiples condecoraciones no sólo por parte del Gobierno Federal sino también de los Gobiernos Estatales. Asimismo es de resaltar que su conocimiento integral sobre la cultura de la República Federativa del Brasil le permitió fomentar los



vínculos con el país, al punto de que dicha Nación se convirtió en una de las principales inversionistas en Colombia.

Vía telefónica, el 3 de septiembre de 2007, el Ministro de Relaciones Exteriores le informó que se estaban tramitando cambios en varias Embajadas, entre las que se encontraba la del Brasil; razón por la cual, se requería su renuncia al cargo desempeñado. En la misma fecha, en condición de Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de Colombia ante el Gobierno de Brasil, le expresó al Ministro la inconveniencia de la solicitud, en la medida en que había una apretada agenda por cumplir hasta enero de 2008, *"por tal razón la decisión produciría una señal de inestabilidad al interior de la Embajada, por consiguiente perjudicial para el país."*

Dicha situación fue puesta en conocimiento del Presidente de la República mediante documento calendado el 25 de septiembre de 2007. Sin embargo, a pesar de haber sido recepcionada por la Presidencia, dicha misiva no fue respondida por parte del ejecutivo. Continuó la parte actora:

"DECIMO: Que fueron varias las conversaciones sostenidas entre mi poderdante y el doctor Fernando Araujo Perdomo, en las cuales siempre se puso de manifiesto por parte del primero las razones por las cuales ameritaba la continuidad en la Embajada hasta tanto se cumpliera la Agenda a la que se ha hecho alusión en puntos anteriores, no obstante ello, el señor Ministro de Relaciones Exteriores reiteró que la permanencia en el cargo por parte del doctor Mario Galofre no podría ir más allá del 31 de diciembre de 2001."

Debido a la solicitud reiterada de obtener su renuncia por carta de 27 de septiembre de 2007 presentó su dimisión, dejando en claro que dado el cronograma que estaba pendiente por cumplirse y qué



él estaba dispuesto a terminar, se dejaba en manos del Ministro Araujo Perdomo la fecha a partir de la cual se produciría su retiro.

Este documento fue remitido en copia al Viceministro de Relaciones Exteriores, doctor Camilo Reyes.

La carta de renuncia no fue atendida por el Ministerio ni de ella se obtuvo aceptación, de conformidad con lo ordenado por los artículos 27, inciso 3º del Decreto 2400 de 1968 y 113 del Decreto 1950 de 1973.

Ante un hecho que fue calificado por el Viceministro de Relaciones Exteriores como un *error*, la Cancillería inició el trámite de beneplácito del nuevo Embajador, doctor Tony Jozame Amar, a través de la Embajada de Brasil en nuestro país y no como es usual, por intermedio de la Embajada de Colombia en Brasil. Precisó la parte accionante: *"Ese proceder, no es solo un error sino una violación de las más elementales normas del protocolo Diplomático y en este caso constituye clara demostración del hecho que el Gobierno ya había decidido retirar del servicio a mi poderdante y simplemente estaba buscando dar a su proceder cierto tinte de legalidad."*

A mediados del mes de octubre de 2007 recibió una llamada de la Directora del Departamento de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, informándole que en su carta de renuncia no se había expresado la fecha a partir de la cual dimitía de su cargo, razón por la cual, se requería una nueva, en la que además no se incluyera motivación alguna.



El 15 de noviembre de 2007, también vía telefónica, el Viceministro de Relaciones Exteriores le informó de la orden perentoria del titular de dicha cartera en el sentido de que su retiro de la Embajada debía hacerse efectivo a mas tardar el 15 de diciembre de 2007, sin atender las razones expuestas por él ni la prontitud para la consecución de pasajes y otros aspectos.

Ante el acoso del Ministro de Relaciones Exteriores, entonces, se vio obligado a presentar una nueva carta de renuncia, la cual fue radicada el 21 de noviembre de 2007 y en la que se señaló como fecha de retiro el 21 de diciembre del mismo año, "*cumpliendo así con los treinta días que le preocupaban al señor Ministro*".

Las razones que lo llevaron a presentar su renuncia radican en el "*illegal acoso*" del Ministro y en la necesidad de evitar un traumatismo con el nuevo Embajador. También se precisa resaltar que en dicha carta se expusieron detalladamente los motivos de la decisión.

Frente a esta segunda carta de dimisión tampoco se obtuvo respuesta alguna.

El 28 de noviembre de 2007 el Director del Talento Humano (e) del Ministerio, tergiversando lo dispuesto en los artículos 27 del Decreto 2400 de 1968 y 110 y siguientes del Decreto 1950 de 1973, le informó que a su carta no podía dársele trámite en la medida en que la renuncia no era pura y simple o inmotivada.

Mediante carta de 28 de noviembre de 2007, dirigida al referido funcionario, el Embajador le expresó los motivos por los cuales



consideraba que su carta de renuncia atendía al requerimiento del Ministro y que, en dicha medida, no constituía un acto libre del mismo. Asimismo, expresó que se redactara por dicha dependencia la carta para su suscripción.

Ante el silencio del Ministerio y los perjuicios que inminentemente se le iban a ocasionar, decidió presentar una tercera carta de renuncia, dirigida en esta ocasión directamente al Presidente de la República. Sin embargo, de esta comunicación tampoco obtuvo respuesta alguna. Agregó la parte demandante:

"VIGÉSIMO CUARTO: Con el objeto de que el Ministerio tuviera claro como en efecto lo tenía presente mi representado, que acataría, a pesar de considerarla arbitraria e injusta, la perentoria orden del señor Ministro Araujo Perdomo, en el sentido de dejar la Embajada el día 21 de diciembre de 2007, el doctor Galofre, mediante carta del 3 de diciembre de 2007, comunicó al señor Ministro que ya había cancelado los tiquetes para tal fin, así mismo entregó copia de la renuncia presentada al Señor Presidente de la República."

Ante el silencio del Ejecutivo, el 9 de diciembre de 2007 le solicitó a la Secretaría General del Ministerio de Relaciones Exteriores incluirlo en el turno de festividades de diciembre y sus vacaciones por el último año laborado, así como también puso de presente la situación indefinida de su renuncia y separación del cargo que venía desempeñando.

El 19 de diciembre de 2007 decidió comunicarle al Viceministro de Relaciones Exteriores que para el 20 de diciembre estaba programada la despedida oficial por parte del Gobierno Brasileiro pero que ante su situación lo mejor era cancelarlo; empero, luego de consultar con el Ministro, el funcionario le comunicó que debía



atender dicho compromiso, que se le aceptaba el receso solicitado y que regresara al país para concretar su salida de la Embajada.

Amparado por los principios de buena fe y de confianza en lo expresado por el Viceministro, viajó el 21 de diciembre de 2007 a Colombia; sin embargo, en reunión llevada a cabo el 27 de diciembre de 2007, el Ministro le manifestó que él no había aceptado sus vacaciones y que cualquier decisión al respecto quedaría en manos del Presidente de la República.

Entretanto, por la Resolución No. 6057 de 24 de diciembre de 2007, se nombró en encargo a un funcionario en la Embajada de Colombia en Brasil.

Ante la situación planteada, lo que evidencia la intención del Ministro y del Viceministro de dejarlo en situación de ilegalidad, se vio forzado a solicitar una licencia no remunerada a partir del 1º de enero de 2008, carta que tampoco obtuvo respuesta.

Sobre estos hechos, continuó el actor, dejó constancia en documento autenticado ante el Notario Setenta y Uno del Círculo de Bogotá.

Posteriormente, mediante Decreto No. 4993 de 31 de diciembre de 2007 fue declarado insubsistente su nombramiento como Embajador Extraordinario y Plenipotenciario, Grado Ocupacional 07 EX en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Brasil, invocando supuestas razones del servicio cuando lo cierto es que



fueron motivaciones de orden político las que llevaron a dicha determinación. Dicho acto le fue notificado el 3 de enero de 2008.

Para el momento de la declaración de insubsistencia, contaba con una asignación mensual de US 6.400, equivalente a \$10'825.000; una prima por costo de vida de US2.653, equivalente a \$4'487.284; y, un subsidio por dependencia de US 512,00 mensual, esto es \$865.997,00, para un gran total al mes de diciembre de 2007 de \$16'178.281,00.

En su reemplazo fue asignada una persona sin experiencia en el campo de la diplomacia, lo cual demuestra que razones ajenas al mejoramiento del servicio fueron las que determinaron su retiro.

LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, los artículos 6º, 29 y 83.

Del Código Contencioso Administrativo, los artículos 2º, 3º, 84, 85, 132 y ss.

De la Ley 171 de 1961, el artículo 4º.

Del Decreto 2400 de 1968, el artículo 29.

Del Decreto 1950 de 1973, los artículos 110, 111, 113 y 115.

Del Decreto 583 de 1995, los artículos 1º y 4º.

Del Decreto 274 de 2000, los artículos 61, 70, 90 y 91.

El demandante consideró que con los actos acusados, la parte accionada incurrió en los siguientes vicios (Fls. 49 a 81 del cuaderno principal):



- Infracción a norma superior.

Al tenor de lo establecido en el artículo 6º de la Constitución Política las actuaciones de los servidores públicos deben sujetarse al principio de legalidad; sin embargo, en el presente asunto ello no ocurrió así, en la medida en que se adelantó un procedimiento ilegal que requirió de 3 renunciaciones para que finalmente se procediera a declarar la insubsistencia del cargo que venía desempeñando.

Se vulneró su derecho al debido proceso, lo cual también implica la ocurrencia de la causal de nulidad denominada "*desconocimiento del derecho de audiencia y defensa*", en la medida en que a pesar de que él siguió el trámite ordenado por los artículos 111 y siguientes del Decreto 1950 de 1973, el Ministerio optó por una declaratoria de insubsistencia, sin tener razones del servicio para ello.

También se quebrantó el principio de buena fe, en la medida en que "*la mentirosa actitud del señor Ministro de Relaciones Exteriores*" determinó que se hubiera cambiado en múltiples ocasiones la fecha de su retiro, se hubieran exigido 3 cartas de renuncia, se hubiera faltado al deber de contestar las mismas, se haya autorizado su viaje a Colombia, y entre otras muchas más, se haya finalmente proferido un acto de declaratoria de insubsistencia.

- Violación directa a la Ley.

(i) Desconocimiento de los artículos invocados de los Decretos 1950 de 1973 y 274 de 2000. Lo anterior, por cuanto aun cuando los empelados de libre nombramiento y remoción pueden ser declarados



insubsistentes y renunciar libremente, en el presente asunto la renuncia fue objeto de un constreñimiento ilegal.

Ahora bien, si en gracia de discusión de admitiera que la renuncia fue libre de constreñimiento, debe precisarse que se sujetó a la normatividad vigente para el efecto, esto es, cumplió todos los requisitos exigidos, razón por la cual, no operaba la declaración de insubsistencia sino la aceptación de la dimisión, situación que nunca ocurrió. Precisó la parte accionante:

"Siendo consecuentes con la argumentación que precede, remitámonos ahora al inciso segundo de la disposición antes transcrita [artículo 113 del Decreto 1950 de 1973], y sin lugar a dudas objetivamente se configuró tal situación, es decir, que una vez se ha presentado la dimisión y ha transcurrido el término establecido de 30 días las cosas regresan a su estado anterior es decir que la renuncia ya no surte efectos." Agregado nuestro.

(ii) Vulneración de los artículos invocados de los Decretos 2400 de 1968 y 583 de 1995, así como también de la Ley 171 de 1961. Dicha situación se ocasiona en la medida en que pensionalmente ante la situación ilegal de su retiro podría pensarse que operó la solución de continuidad en su relación, sin embargo ello no es acertado, pues no hay interrupción en la prestación entre la fecha de su desvinculación y aquella en que por orden judicial se declare la ilegalidad del acto demandado.

- Falsa motivación.

Aun cuando los actos proferidos en ejercicio de la facultad discrecional de retiro son materialmente inmotivados, lo cierto es que deben estar fundados en razones del servicio; empero, en el



presente asunto ello no ocurrió así, pues tal como se demostrará en el curso del proceso la persona que lo reemplazó no poseía la formación y el conocimiento por él adquirido luego de haber laborado al servicio de nuestro país ante la República del Brasil.

- Desviación de poder.

Al respecto, puntualizó la parte actora:

"Como se ha explicado en forma extensa en este escrito de demanda, en este caso bajo estudio, el fin perseguido por el decreto de insubsistencia objeto de esta impugnación, no se orientó a la obtención de la adecuada prestación del servicio público diplomático, por demás ni siquiera se configuró una situación real para su expedición, de ello da cuenta las renunciaciones presentadas por mi representado el 27 de septiembre, el 23 de noviembre y el 1º de diciembre de 2007, en cuyo caso lo procedente era darle aplicación, como ya se dijo, al capítulo segundo del decreto 1.950 de 1973, norma que establece el procedimiento a seguir cuando se ha presentado la renuncia, como en efecto sucedió aquí."

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Corrido el traslado ordenado mediante Auto de 20 de mayo de 2008 (Fls. 87 y 88), la Nación – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores contestaron la demanda incoada en su contra por Mario Galofre Cano, en los siguientes términos:

a) La Nación – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, expresó que no le constaba la ocurrencia de la mayoría de hechos narrados por el actor en su demanda y se opuso a las pretensiones de la misma con los siguientes argumentos (Fls. 171 a 177):



De conformidad con lo dispuesto en la Ley 489 de 1998, en el Decreto 4657 de 2006 y concordantes, el Departamento Administrativo de la Presidencia no está llamado a defender la legalidad del acto administrativo cuestionado, el cual fue proferido por quienes conformaban el Gobierno para asuntos diplomáticos, al tenor de lo dispuesto en artículo 189 de la Constitución Política y los Decretos 2400 de 1968, 1950 de 1973, artículo 107, y 274 de 2000.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 149 del C.C.A., entonces, ha de afirmarse que el Departamento Administrativo de la Presidencia, carece de legitimación en la causa por pasiva para concurrir en el presente proceso.

Ahora bien, al tenor de lo dispuesto en los artículos 189, numeral 2º de la Constitución Política y 60 del Decreto 274 de 2000, el Presidente de la República estaba facultado para declarar la insubsistencia del nombramiento del actor, quien, vale la pena resaltar, no se encontraba desempeñando el cargo en Carrera Diplomática y Consular. Precisó la parte accionada:

"La insubsistencia es una facultad discrecional que no requiere para su ejercicio que se concrete en el acto administrativo de desvinculación, los motivos que llevaron a tal decisión. Solo basta la razonabilidad de la (sic) decisiones discrecionales sean adecuadas a los fines de la norma que la autoriza y a los hechos de causa, como lo dispone el artículo 36 del C.C.A. En este sentido, el demandante no prueba que su desvinculación fuera dada por motivos distintos al buen servicio ni aporta elementos de juicio que lleven a un razonamiento de lo pretendido, por lo que no estaría llamado a prosperar."

Asimismo, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República propuso las siguientes excepciones: (i) Ineptitud sustantiva de la demanda por falta de legitimación en la causa por



pasiva, en la medida en que se confunde la autoridad del Presidente de la República con el concepto de Gobierno, lo que lo llevó al actor a demandar, sin razón alguna, al Departamento; (ii) Indebida representación, por cuanto si bien es cierto la Nación es una sola para efectos judiciales está representada por la autoridad de mayor jerarquía de la Entidad que expidió el acto y, en el presente asunto el Decreto fue proferido por el Gobierno para efectos diplomáticos y no por el Departamento Administrativo de la Presidencia ni por el Presidente de la República; y, (iii) Inexistencia de responsabilidad legal, en razón a que el Departamento Administrativo de la Presidencia carece de responsabilidad en el conflicto laboral surgido entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y el actor.

b) La Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores, admitió como ciertos algunos hechos de la demanda y se opuso a las pretensiones de la misma con los siguientes argumentos (Fls. 102 a 128):

El cargo de Embajador Extraordinario y Plenipotenciario que desempeñó el actor es de Carrera Diplomática y Consular, empero, su nombramiento fue expresión de la facultad discrecional del Gobierno; razón por la cual, ha de afirmarse que su vinculación fue en provisionalidad, situación que se asemeja al nombramiento de un cargo de libre nombramiento y remoción, y, en consecuencia, no era beneficiario de fuero de estabilidad alguno.

Dentro del expediente la parte actora no desvirtúa que quién lo reemplazó en la Embajada de Colombia ante la República



Federativa del Brasil no acreditara los requisitos legales exigidos para el desempeño del cargo.

Su retiro del servicio fue expresión de la facultad legal que ostentaba el nominador, al amparo de lo dispuesto en los artículos 6º del Decreto 274 de 2000 y 107 del Decreto 1950 de 1973.

El buen desempeño del señor Mario Galofre Cano en el cargo referido no es suficiente para desvirtuar la legalidad del acto demandado y tampoco le otorgaba el derecho a continuar desempeñando el mismo de manera indefinida. A su turno, continuó la accionada, si no ostentaba dicho fuero de estabilidad la Administración se releva de justificar el ejercicio de la facultad discrecional.

Continuó la parte demandada:

"No es cierto que funcionario alguno del Ministerio de Relaciones Exteriores que represento, haya engañado al demandante. Dejo a la consideración del Honorable Tribunal, evaluar cómo es que un funcionario de libre nombramiento y remoción al ser informado de que se quiere contar con su servicio hasta determinada fecha con la debida anticipación, decide renuncia (sic) sin indicación de una fecha determinada, pide turno de descanso en navidad, pide licencia etc. En mi interpretación personal de esos hechos, es claro que constituyen la expresión clara de no querer separarse del servicio pero no se indica cuál es el soporte legal de ese deseo de permanencia en el servicio."

A su turno, resaltó la Cartera accionada, al tenor de lo dispuesto en la Convención de Viena y en el Estatuto de Carrera Diplomática y Consular contenido en el Decreto 274 de 2000, se evidencia que si bien es cierto la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Brasil es un órgano externo, hace parte de la estructura por dependencias



del Ministerio de Relaciones Exteriores que actúan bajo la coordinación y dirección del Ministro del ramo. Teniendo en cuenta, entonces, que el Embajador, como jefe de la Misión Diplomática, representa al Estado y lo compromete, actúa bajo las instrucciones específicas de la Cancillería. Puntualizó la parte accionada:

"Reafirmo que en ejercicio de la discrecionalidad de los Nominadores del demandante, no ha habido el desvío de poder alegado en la demanda. La discrecionalidad le permitía al funcionario apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión siempre dentro del marco de unas finalidades generales inherentes a la función pública y las facultades particulares implícitas en la norma que lo autoriza a la toma de la decisión discrecional. (...)".

En conclusión, entonces, afirmó la entidad que la partê actora no desvirtuó la legalidad del Decreto demandado, de cara a los vicio de nulidad expuestos en su demanda.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, mediante Sentencia de 2 de julio de 2009, resolvió declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Nación – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y negar las pretensiones de la demanda, por las razones que a continuación se sintetizan (Fls. 338 a 374 del cuaderno principal):

En cuanto a la excepción:

El juez competente, la capacidad jurídica y procesal para comparecer en juicio y la sujeción a las exigencias legales, son los tres presupuestos procesales de la demanda. En el presente



REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200800568-01
No. INTERNO: 1689-2009
AUTORIDADES NACIONALES
ACTOR: MARIO GALOFRE CANO

asunto, la inexistencia del segundo requisito es evidente frente al Departamento Administrativo de la Presidencia, en la medida en que el acto demandado no fue expedido por esa entidad sino por el Presidente de la República, como Jefe de Estado, de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa. Al respecto, precisó:

"(...) al hecho que el acto impugnado fue expedido por el Presidente de la República, con fundamento en las atribuciones conferidas por el numeral segundo del artículo 189 de la Carta, tal como se lee en su texto visto a folio 378 el expediente, suscrito por el Presidente de la República y el Ministro de Relaciones exteriores, y por tal acto no compromete la responsabilidad del Departamento administrativo de la Presidencia de la República, que eventualmente, por sus actos, puede representar a la Nación, pero el acto ahora debatido no es uno de los suyos."

Adicionalmente a ello, agregó el *a quo*, en atención a que la falta de legitimación en la causa por pasiva sólo opera frente a la Nación – Departamento Administrativo de la Presidencia y que en el presente asunto se demandó, además, a la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores, se precisa abordar el análisis de fondo del asunto sometido a consideración en relación con esta última entidad.

En cuanto al fondo del asunto:

Luego de expresar que se encontraba acreditado dentro del proceso la vinculación que tuvo el actor con el Ministerio de Relaciones Exteriores, que su retiro se produjo por declaratoria de insubsistencia efectuada a través del Decreto 4993 de 31 de diciembre de 2007 y que el actor había suscrito tres escritos de renuncia previamente a la expedición del referido acto de desvinculación, el *a quo* concluyó que no se evidenciaba de estas últimas la decisión pura y simple del empleado de retirarse del



cargo. Tampoco se evidenció, continuó el Tribunal, que el accionante haya rendido un informe en que diera cuenta de una gestión *"digna de elogios"*.

También afirmó el *a quo*, luego de efectuar la transcripción de los dos testimonios recepcionados dentro del proceso, que de ellos no podía derivarse la desviación de poder o la falsa de motivación alegada por el demandante. A su turno, de los informes rendidos por los señores Presidente de la República y Ministro de Relaciones Exteriores, se evidencia que tanto el actor como su reemplazo reunían los requisitos legales para el ejercicio del cargo y que el Decreto demandado era la expresión del ejercicio de las funciones del Presidente; continuó el Tribunal:

"(...) queda reseñado que la política exterior se maneja entre las cancillerías de los países y el comercio bilateral a través de Pro export; no se nota una relación fluida entre embajadores y Presidente de la República; y el gobierno analiza la gestión de los embajadores, pero nada dijeron sobre el caso del Brasil, que aparece como una representación formal."

Igualmente, sostuvo el fallador de primera instancia que en los correos que cruzó el accionante con el embajador entrante no se lee aspecto alguno relativo a la agenda programática o de continuidad pendiente para el cuerpo diplomático en Brasil.

Referido lo anterior, el *a quo* procedió a analizar las causales de nulidad incoadas por el ex embajador Mario Galofre Cano contra el Decreto No. 4993 de 31 de diciembre de 2007, en los términos que a continuación se expone:



(i) Frente a la violación de normas Constitucionales y Legales:

Luego de un análisis de los artículos 125 y 189, numeral 2º de la Constitución Política; 5º y 6º del Decreto 274 de 2000; y, concordantes, se concluyó que los cargos en el Ministerio de Relaciones Exteriores son (a) de libre nombramiento y remoción, (b) de Carrera Diplomática y Consular, o (c) de Carrera Administrativa; y, que el cargo desempeñado por el actor era de los incluidos por disposición legal dentro de la primera categoría. Asimismo, continuó el Tribunal:

"Por disposición constitucional y legal también, el Presidente de la República tenía y tiene al momento de expedir el acto demandado, la facultad para remover libremente al demandante quien fungía como Embajador ante la República federal de Brasil."

Armonizando lo anterior con los postulados de la Ley 909 de 2004, la cual se encontraba vigente para la fecha en que el actor se vinculó por segunda vez como Embajador, así como también frente a los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, se evidencia que el nominador frente a cargos de libre nombramiento y remoción ostenta la facultad discrecional de retiro. Preciso el Tribunal:

"Luego entonces, bajo el supuesto fáctico cierto, ..., que el actor ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción como Embajador ante la República Federal de Brasil, ..., al analizar los medios de prueba antes descritos y las normas especiales y generales concordantes, no se ha vulnerado disposición alguna que tenga que ver con la competencia, la forma de expedición del acto, el cual aparece expedido dentro de ese marco de competencia, observando las formalidades legales y por funcionario competente autorizado por la Carta y la ley."

Frente al cargo relativo a la presión de la que fue objeto para que presentara su renuncia y la posterior falta de respuesta a los escritos que radicó con dicho objeto, sostuvo el Tribunal, luego de analizar las disposiciones contenidas en los artículos 27 del Decreto



2400 de 1968, 26 de la Constitución Política y, 110 y 111 del Decreto 1950 de 1973, que en cargos de libre nombramiento remoción el funcionario está autorizado para presentar libre y voluntariamente la renuncia, la cual no debe dejar duda alguna de la espontaneidad con la que se presenta.

Teniendo en cuenta las normas citadas así como también las cartas de renuncia que envió el actor al Ministerio, se evidencia que dicha cartera obro de manera ajustada a derecho pues los documentos no acreditaban los requisitos legales para que fuera aceptada la renuncia. Adicionalmente, no puede perderse de vista que el actor al momento de asumir el cargo de Embajador sabía de la posibilidad de ser retirado del servicio en ejercicio de la facultad discrecional, como finalmente ocurrió.

A su turno, debe aclararse que en la medida en que la renuncia no se tramitó con el lleno de los requisitos legales no podía surtir efecto, ni tampoco aplicarse la regla de los 30 días consagrada en la Ley. Por último, concluyó el *a quo*, lo discutido en el presente proceso es la insubsistencia y no la renuncia, la cual no surtió efectos.

Por lo anterior concluyó el Tribunal: "... *la causal alegada sobre violación de normas legales y constitucionales, no prospera.*"

(ii) Frente al cargo de falsa motivación y desviación de poder:

Frente a este tópico consideró el *a quo* que de los testimonios allegados al proceso, y demás pruebas, se infería que efectivamente el actor había ejercido su cargo de manera



satisfactoria, pero no ilustraban nada en cuanto a que se haya falseado la verdad en la declaratoria de insubsistencia ni que se haya ido en contra de la finalidad de la medida discrecional. Al respecto, se agregó:

"(...) Lo que la ley prohíbe es la coacción para la renuncia si ella causare efectos y fuere aceptada, es decir el uso de elementos de fuerza que sea capaz de constreñir al empleado para lograr su renuncia y luego aceptarla. Tal coacción no se probó. Pero como si esto fuera poco, en este caso, reiteramos, que tanto la petición de renuncia como su presentación en forma motivada, no surtió efectos, por tanto, queda simplemente a examen el decreto de insubsistencia."

Ahora bien, precisó el Tribunal, al amparo de los informes allegados por los señores Presidente de la República y Ministro de Relaciones Exteriores se evidencia que el ex Embajador fue jefe de la Misión diplomática bajo las instrucciones de la Cancillería, pero *"no cumple ninguna función diplomática trascendente"*. Asimismo, si bien las respuestas que ofrecieron las personalidades referidas fueron escuetas, de ello no se deduce la existencia de los vicios de nulidad alegados por el accionante.

Del material probatorio allegado, entonces, no puede derivarse la presunta coacción ejercida por el Ministro, tanto así que ni siquiera las renunciaciones presentadas fueron tramitadas. Tampoco se acreditó que el reemplazo del ex Embajador Galofre Cano no reuniera los requisitos legales para ocupar el cargo. Continuó el fallador de instancia:

"... es necesario advertir y reiterar como ha dicho esta jurisdicción en múltiples sentencias, que el buen desempeño de los funcionarios públicos es un deber constitucional y legal, y probado que fuere, no genera fuero alguno de estabilidad, ni es obstáculo para que el nominador ejercite la facultad que le ha sido asignada por ley, la que se presume ejercida en



aras del buen servicio, cuyos móviles se presumen y no aparece en este caso, medio de prueba alguno que logre destruir tal presunción."

Por todo lo expuesto, concluyó el *a quo*, al no probarse vicio de legalidad alguno en el acto demandado se procedió a negar las súplicas de la demanda.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El demandante interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la Sentencia del *a quo*, con los argumentos que a continuación se sintetizan (Fls. 385 a 427 del cuaderno principal):

La Sentencia proferida por el Tribunal, afirmó el recurrente, (i) valoró erradamente el material probatorio allegado al expediente y dejó de valorar algunas pruebas, lo cual lo llevó a una denegación de justicia; (ii) dejó de resolver asuntos planteados en la defensa con el objeto de acreditar la ilegalidad del acto demandado; y, (iii) interpretó equivocadamente el criterio jurisprudencial vigente. Concretamente, continuó, el *a quo* actuando contra la normatividad aplicable y la realidad probatoria: (a) dio por acreditada la excepción propuesta por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y (b) consideró que no estaban probados los vicios de nulidad alegados, lo cual se atribuye, aparte de lo ya manifestado, a una interpretación alejada de la demanda y, en consecuencia, de lo pretendido en el presente proceso. Al respecto, precisó:

"El problema procesal es simple: El Gobierno decide nombrar como Embajador en Brasil a quien no llenaba requisitos para ello, le pide la



REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200800568-01
 No. INTERNO: 1689-2009
 AUTORIDADES NACIONALES
 ACTOR: MARIO GALOFRE CANO

renuncia al Señor GALOFRE (Funcionario idóneo, experimentado y con excelentes resultados como aquí está probado).

Este (sic), ceñido a la verdad, presenta varias veces su renuncia, indicando que lo hace porque le fue solicitada, no porque exista interés en retirarse y explica ello ampliamente.

El Gobierno lo presiona indebidamente y al no lograr el resultado, le declara insubsistente en forma casi subrepticia, ocultando con ello el montaje contrario a derecho y su intención desviada del servicio.

La violación está pues en el proceder de la administración, en el uso desviado de la facultad, en la remoción no por razones del servicio sino por razones políticas o incluso tal vez peores según lo que afirman las noticias de prensa aquí citadas."

Frente al segundo aspecto, esto es, el error del Tribunal al no haber encontrado suficientemente probados los vicios de nulidad alegados, continuó el recurrente apoyado en un amplio y extenso análisis probatorio, que dentro del expediente está plenamente demostrado que el señor Tony Jozame no era persona idónea para reemplazarlo en el cargo de Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de Colombia ante Brasil; que él poseía excelentes cualidades para el ejercicio del cargo; que el beneplácito suyo fue obtenido en pocas horas y que, a su turno, el del Embajador que lo reemplazó fue adelantado contradiciendo el protocolo; que él presentó varias cartas de renuncia bajo presión, por solicitud del Ministro de Relaciones Exteriores; y, entre muchas otras cuestiones que llevan a declarar la nulidad del acto, que "...la remoción ... y la designación del Dr. JOZAME no obedecieron a razones del servicio."

Contrario a lo sostenido por el Tribunal, precisó el recurrente, es de resaltar que las declaraciones rendidas por los señores Presidente de la República y Ministro de Relaciones Exteriores son evasivas e incompletas y, en consecuencia, son un indicio en su contra; máxime si se tiene que la declaración del señor Presidente de la



República da a entender que él no estaba enterado de la remoción o designación de los Embajadores, cuando ello a la luz de la normatividad aplicable y de la gestión del Presidente, es evidente que no es así. Al respecto preció el accionante:

"Lo más relevante es que las entidades demandadas, al cuestionarse su decisión, tenían el deber de explicitar la motivación hasta entonces supuesta o intrínseca al acto administrativo, lo que no hicieron con lo cual, vienen a demostrar que su actuación no se ciñó a derecho."

Ahora bien, doctrinal y jurisprudencialmente, se ha admitido que todos los actos administrativos deben tener una motivación y que, aun cuando en el caso v. gr. del ejercicio de la facultad discrecional no se exige que dicho elemento aparezca explicitado en el mismo, es evidente que los motivos deben existir, ser suficientes y razonados, so pena de que se declare su ilegalidad. Contrariando a lo expuesto claramente por la jurisprudencia, en el presente asunto se pasó por alto que dicha facultad discrecional fue ejercida con clara desviación de las facultades legales.

Finalmente, el recurrente reiteró el concepto de violación expuesto en el escrito de demanda, el cual, por motivos de economía procesal no se vuelve a transcribir.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver la controversia, previas las siguientes:

Extractos

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta, por un lado, la decisión del *a quo* y, por el otro, el objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte actora,



previamente a formular el problema jurídico a resolver se requiere efectuar algunas precisiones sobre la legitimación en la causa por pasiva en el presente asunto.

Al respecto, el Presidente de la República, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 189 de la Constitución Política, tiene asignada la competencia constitucional de dirigir las relaciones internacionales y de nombrar a los agentes diplomáticos y consulares.

Ello no desvirtúa, sin embargo, que en ejercicio de dicha competencia de nominador el acto demandado haya sido suscrito por quien conformaba para estos efectos el Gobierno, esto es, por el Presidente de la República y el Ministro de Relaciones Exteriores, situación que el actor no cuestiona, pues en sus intervenciones no ha expresado que el acto esté viciado de competencia por haber sido suscrito por el Ministro mencionado.

Por lo expuesto, quien debía asumir la representación de la parte accionada en el presente asunto era el Ministerio de Relaciones Exteriores, tal como lo afirmó el *a quo*, al tenor de lo dispuesto en los artículos 149, inciso 2º, y 150 del C.C.A. Al respecto, veamos lo que prescriben las referidas disposiciones:

"Artículo 149.- Modificado Ley 446 de 1998, art. 49.

(...)

En los procesos Contencioso Administrativos la Nación estará representada por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o por la persona de mayor jerarquía que en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.

(...)"



*Artículo 150. Modificado. Decr. 2304 de 1989, art. 29. Modificado. Ley 446 de 1998, art. 23. Cuando en un proceso ante cualquier jurisdicción intervengan Entidades Públicas, el auto admisorio de la demanda se debe notificar personalmente a sus representantes legales o a quien estos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones. Sin embargo, si la persona a quien deba hacerse la notificación, o su delegado, no se encontrare o no pudiere, por cualquier motivo, recibir la notificación, ésta se practicará mediante entrega que el notificador haga al empleado que lo reciba de copia auténtica de la demanda y sus anexos, del auto admisorio y del aviso.
 (...)."*

Al amparo de lo anterior, entonces, teniendo en cuenta que el retiro del actor, suscrito por el Presidente de la República y por el Ministro de Relaciones Exteriores, se tramitó ante el Ministerio respectivo, la demanda debía dirigirse contra dicha cartera, pues, materialmente, el acto fue suscrito por quien conformaba Gobierno en el presente asunto.

En este último sentido, valga la pena resaltar que en Sentencia de esta Corporación, Sección Segunda, Subsección B; de 21 de agosto de 2008; C.P. doctor Gerardo Arenas Monsalve; radicado interno No. 0086-2007, se precisó que con el objeto de determinar quien tenía la pasividad procesal para atender acciones impugnatorias de la legalidad de actos administrativos debía recurrirse a quien materialmente lo suscribió. Al respecto, se precisó:

"Y, en segundo término, porque en virtud del artículo 150 del Código Contencioso Administrativo, la pasividad procesal en las acciones impugnatorias como la de nulidad y restablecimiento del derecho la determina la autoría de los actos que se discuten, los cuales en el presente asunto todos emanan del Departamento de Casanare, circunstancia que excluye al Ministerio de cualquier vinculación en calidad de litisconsorte necesario."

Ahora bien, el hecho de que en la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho se haya considerado que quien debía



REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200800568-01
No. INTERNO: 1689-2009
AUTORIDADES NACIONALES
ACTOR: MARIO GALOFRE CANO

asumir la representación de la Nación era el Ministerio de Relaciones Exteriores, no implica, tal como erradamente lo sostuvo el actor, que la conducta del Presidente de la República sea incuestionable en vía judicial, pues dicho asunto relacionado con la responsabilidad individual por la expedición de un acto ilegal no se está discutiendo en este proceso.

Por lo anterior, de cara al cargo invocado por el actor, por este aspecto se confirmará el fallo del *a quo*, esto es, probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación - Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, resaltándose que en la medida en que la demanda también fue interpuesta contra la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores hay lugar a continuar con el análisis del litigio planteado.

¶Del fondo del asunto

El problema jurídico por resolver se contrae a determinar la legalidad del Decreto No. 4993 de 31 de diciembre de 2007, por el cual se declaró insubsistente el nombramiento hecho a Mario Galofre Cano en el cargo de Embajador Extraordinario y Plenipotenciario, Grado Ocupacional 07 EX, en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Brasil. Para ello deberá determinarse: (i) si en el presente asunto el actor fue objeto de presiones ilegales con el ánimo de obtener su renuncia, así como también fue ilegal su no aceptación por parte de la Administración; y, si, (ii) por contera, la declaratoria de insubsistencia de la que fue objeto no obedeció a razones del servicio.



En este sentido es de precisar desde este momento que, contrario a lo afirmado por la parte recurrente, en el presente asunto, tal como lo hizo el *a quo*, se requiere abordar una serie de aspectos que contextualizan los cargos endilgados por el actor contra el acto demandado y que permitirán a la Sala, al amparo de la normatividad aplicable, resolver el tópico relativo a la renuncia y su relación con la declaración de insubsistencia.

A continuación, entonces, se abordan los tópicos relacionados con la naturaleza de la vinculación del accionante y el trámite de renuncia que se adelantó de forma previa a la declaratoria de insubsistencia, para finalizar con el análisis de cada uno de los cargos elevados por el actor en su demanda y que fueron objeto de recurso contra la Sentencia del *a quo*.

(I) La naturaleza de la vinculación del actor.

De lo probado dentro del proceso

- Por el Decreto No. 3231 de 13 de septiembre de 2005, proferido por el Presidente de la República de Colombia "*en uso de las facultades constitucionales y legales y en especial de las que le confiere el numeral 2º del artículo 189 de la Constitución Política y el Decreto Ley 274 de 2000*", se nombró al señor Mario Galofre Cano, en el cargo de Embajador Extraordinario y Plenipotenciario, Grado Ocupacional 7EX, de la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Brasil (Fl. 3).

Por documento de 19 de septiembre de 2005, dirigido por el Director General de Protocolo al Presidente de la República Federativa del Brasil, se expresó (Fl. 2):



REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200800568-01
 No. INTERNO: 1689-2009
 AUTORIDADES NACIONALES
 ACTOR: MARIO GALOFRE CANO

"Con el propósito de mantener y estrechar las relaciones de amistad que felizmente existen entre nuestros países, he determinado acreditar con el carácter de Embajador Extraordinario y Plenipotenciario ante el Ilustro Gobierno Vuestra Excelencia, al distinguido ciudadano Mario Galofre Cano. Las relevantes prendas personales que distinguen al señor Galofre Cano, me aseguran que muy pronto habrá de merecer el aprecio de Vuestra Excelencia, a quien ruego dar entera fe y crédito a cuanto él diga en nombre de Colombia y su Gobierno, especialmente cuando afirme que hago muy fervientes votos por la grandeza de la República Federativa del Brasil, así como por vuestra ventura personal."

Mediante carta calendada el 20 de septiembre de 2005 dirigida al Presidente de la República, el señor Mario Galofre Cano aceptó la designación efectuada mediante el anterior acto (Fl. 4).

- Por el Decreto No. 4993 de 31 de diciembre de 2007, proferido por el Presidente de la República *"en uso de sus facultades constitucionales y legales y en especial de las que le confiere el numeral 2 del artículo 189 de la Constitución Política, el Decreto - Ley 2400 de 1968, el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 y el Decreto - Ley 274 de 2000"*, se declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Embajador Extraordinario y Plenipotenciario, grado ocupacional 07 EX, en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Brasil (Fl. 37)¹.

- Concretamente, de conformidad con el certificado laboral obrante a folios 40 y 41 del expediente, Mario Galofre Cano laboró al servicio del Ministerio de Relaciones Exteriores, con ocasión de la expedición de los referidos actos², del 21 de noviembre de 2005 al 3 de enero de 2008, como Embajador Extraordinario y

¹ Copia del referido acto le fue remitido al actor por el Director del Talento Humano (e) del Ministerio de Relaciones Exteriores, a través del Oficio DTH.00090 de 3 de enero de 2008 (Fl. 39).

² Lo anterior, por cuanto, de conformidad con la misma certificación, el actor ya había desempeñado dicha dignidad por el periodo comprendido entre el 28 de diciembre de 1994 y el 2 de julio de 2000.



Plenipotenciario, Grado Ocupacional 7 EX de la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República Federativa de Brasil.

Del marco normativo aplicable

Al respecto, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 125 de la Constitución Política, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo aquellos que sean de elección popular, de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que termine la Ley.

A su turno, la Ley 909 de 23 de septiembre de 2004 "*por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*", consagró en su artículo 3º, numeral 1º, literal a), que las disposiciones contenidas en dicho cuerpo normativo le serían aplicables al personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores; y, en su artículo 3º, numeral 2º dispuso que también serían aplicables, con carácter supletorio, al personal regido por la Carrera Diplomática y Consular.

Para la fecha de entrada en vigencia de dicha norma y aún para el momento en que el actor ingresó y se retiró del Ministerio de Relaciones Exteriores como Embajador Extraordinario y Plenipotenciario, la norma que regulaba la referida Carrera Diplomática y Consular era el Decreto Ley 274 de 22 de febrero de 2000, el cual fue proferido por el Ejecutivo Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 1º, numeral 6º de la Ley 573 de 2000.



REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200800568-01
No. INTERNO: 1689-2009
AUTORIDADES NACIONALES
ACTOR: MARIO GALOFRE CANO

Ahora bien, el artículo 2º del referido Decreto Ley estableció que las disposiciones en él contenidas serían aplicables *"a los empleados públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que ejerzan funciones para el servicio exterior, dentro o fuera de la República de Colombia y pertenezcan o no a la Carrera Diplomática y Consular."*

Armonizando entonces lo consagrado en las normas a que se ha hecho referencia de la Ley 909 de 2004 y del Decreto Ley 274 de 2000, se puede concluir, en primera instancia, que al haber desempeñado el actor un cargo para el servicio exterior la normatividad aplicable, en principio, es la establecida en este último cuerpo normativo.

Bajo dicha premisa, entonces, ha de afirmarse al tenor de lo establecido en los artículos 5º y 6º, párrafo 1º de la norma aplicable al presente asunto, que los cargos en el Ministerio de Relaciones Exteriores son: (a) de libre nombramiento y remoción; (b) de Carrera Diplomática y Consular³; y (c) de Carrera Administrativa; y que, el cargo de Embajador es de libre nombramiento y remoción.

Esta última precisión, la cual fue expuesta por el *a quo*, empero no es absoluta, en la medida en que en el inciso 4º, del párrafo 1º del artículo 6º del Decreto Ley 274 de 2000, se consignó:

³ De conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Decreto Ley 274 de 2000: *"La Carrera Diplomática y Consular es la Carrera especial jerarquizada que regula el ingreso, el ascenso, la permanencia y el retiro de los funcionarios pertenecientes a dicha carrera, teniendo en cuenta el mérito."*

La Carrera Diplomática y Consular regula igualmente las situaciones administrativas especiales de sus funcionarios, tales como alternación, régimen de comisiones, disponibilidad y condiciones laborales especiales.

Por virtud del principio de Especialidad, la administración y vigilancia de la carrera diplomática y consular estará a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de los órganos que en este estatuto se indiquen."



"Sin embargo, se mantendrá en la Planta Externa un 20% del total de cargos de Embajador con el fin de designar en dichos cargos a funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular, a medida que se presenten las vacantes⁴."

Analizada en su integridad la disposición citada, entonces, se concluye que una parte de los cargos de Embajador está conformada por personal en Carrera Diplomática y Consular y la restante, por empleados de libre designación y remoción⁵.

En el presente asunto en algunos apartes la parte demandada expresó que el accionante desempeñaba su cargo de Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en provisionalidad, sin embargo, no hay evidencia fáctica que indique dicha situación, sino, por el contrario, que desempeñaba el cargo en situación de libre nombramiento y remoción, en la medida en que no hay constancia de su inscripción en carrera ni de que el cargo desempeñado haya sido de aquellos reservados para ser ocupados por personal de Carrera Diplomática y Consular.

⁴ Aparte tachado declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-292 de 2001. En la misma providencia, adicionalmente, se determinó que el porcentaje del 20% era executable en la medida en que se entendiera como un límite mínimo.

⁵ Frente a ésta afirmación cabe efectuar dos precisiones, al amparo de lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-292 de 2001: (i) Aun cuando el principio general contenido en la Constitución Política es la carrera, el legislador puede establecer excepciones, las cuales serán constitucionales en la medida en que sean legales, no generen una inversión de la regla general, se funden en un principio de razón suficiente y recaigan sobre cargos que por su naturaleza funcional impliquen confianza plena y total o impliquen una decisión política, como es el caso de los Embajadores, los cuales representan a la Nación ante la comunidad internacional, bajo la dirección del Presidente como Jefe de Estado. Al respecto, precisó la Alta Corporación: "Así, las condiciones de dirección y confianza que caracterizan a los cargos de Embajador y Cónsul General Central resultan incuestionables pues se trata de servidores que se desempeñan como agentes directos del Jefe de Estado en el servicio exterior. Ante ello, tiene sentido que el Gobierno Nacional cuente con una fundada discrecionalidad para su designación y que ella se explique como una excepción racional al régimen de carrera." (ii) La permisión de que existan unos Embajadores de libre nombramiento y remoción y otros Embajadores de Carrera Diplomática y Consular es simplemente una disposición que armoniza, por un lado, la facultad del Presidente de dirigir las relaciones internacionales y contar para el efecto con una facultad discrecional; y, por el otro, el sistema de carrera. Sobre este último aspecto, consultar, además, la Sentencia C-039 de 2006.



REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200800568-01
No. INTERNO: 1689-2009
AUTORIDADES NACIONALES
ACTOR: MARIO GALOFRE CANO

Arribando a dicha conclusión, entonces, puede afirmarse que el actor podía ser retirado del servicio en ejercicio de la facultad discrecional del nominador, tal como lo sostiene el artículo 90 del Decreto ley 274 de 2000⁶ y como se hizo mediante el Decreto demandado, aguardando, eso sí, los principios, límites y razonabilidad de dicha medida, aspectos que serán objeto de análisis más detalladamente en un acápite posterior.

Conclusiones

De conformidad con lo expuesto puede conducirse que: (i) el régimen laboral del actor se encuentra, en principio, en el Decreto Ley 274 de 2000; (ii) su cargo era de libre nombramiento y remoción y lo desempeñaba en dicha condición; y (iii) podía ser objeto del ejercicio de la facultad discrecional del nominador.

(II) Del trámite de la renuncia

De lo probado dentro del proceso

En carta de 25 de septiembre de 2007 dirigida por el actor, en condición de Embajador de Colombia en el Brasil, al señor Presidente de la República, se sostuvo (Fl. 6):

⁶ "ARTICULO 90.-Condiciones especiales para Embajadores.-En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 2º de este estatuto, se aplicarán a los funcionarios de libre nombramiento y remoción vinculados para el cargo de embajadores, las condiciones de seguridad social y de liquidación de pagos laborales a que aluden los artículos 62 a 69 de este estatuto, el Régimen Disciplinario consagrado en los artículos 79 a 82 y el programa de inducción de que trata el artículo 89 de este decreto.

Cuando este personal sea desvinculado del servicio por insubsistencia, tendrá derecho a dos meses de plazo para hacer dejación del cargo y regresar al país."

Frente al segundo inciso de la norma en cita, es de resaltar que el actor mediante documento dirigido a la Secretaría General del Ministerio de Relaciones Exteriores el 3 de enero de 2008, le informó que hacía dejación efectiva del cargo a partir de la misma fecha y que, por lo tanto, renunciaba al término establecido en el artículo 90 del Decreto 274 de 2000 (Fl. 38).



REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200800568-01
 No. INTERNO: 1689-2009
 AUTORIDADES NACIONALES
 ACTOR: MARIO GALOFRE CANO

"Por razones que, asumo, usted ya conoce, me encuentro preparando mi regreso a Colombia después de haber ejercido el cargo como Embajador de su Gobierno ante el Brasil por poco más de dos años. Debo manifestarle que me siento inmensamente honrado con la designación de que me hizo objeto y, en lo más íntimo, le confieso que creo haber cumplido satisfactoriamente su encargo.

Devuelvo, por segunda vez, ésta Embajada en un momento, aún más auspicioso del que correspondió hacerlo en el año 2.000, y restablecida su respetabilidad ante la Cancillería de Itamaraty, recuperados el afecto de la sociedad brasileña y el orgullo por parte de la comunidad colombiana, que encontré tan menguados a mi llegada.

En la carta que le incluyo encontrará Ud. relacionadas las justificaciones por las cuales estimo que mi regreso debería tener lugar una vez concluya la visita del Presidente Lula a Colombia, próximo mes de Enero. A partir de entonces me encontraré nuevamente en Bogotá, y en el ánimo de continuar trabajando por la paz y el progreso de Colombia.

(...)"

Mediante OFI07-120523/AUV 13100 de 16 de noviembre de 2007 la Secretaría Privada del Presidente de la República le informó al actor, que se había recibido la carta enviada por él en días pasados al primer mandatario (Fl. 7).

Mediante carta de renuncia de 27 de septiembre de 2007 dirigida por el actor al Ministro de Relaciones Exteriores, se expresó (Fls. 8 y 9):

"De conformidad con nuestras conversaciones telefónicas recientes, le reitero, por medio de la presente mis intenciones de retirarme del cargo de Embajador de Colombia en el Brasil, con el que me honró el señor Presidente Álvaro Uribe y que hice efectivo ante el Gobierno de Brasil mediante la presentación de las cartas credenciales al Sr. Presidente Luis Inacio Lula Da Silva el 05 de Diciembre de 2.005.

Mi anhelo, como se lo expresé es concluir mi misión acompañando al presidente Lula en su visita a Colombia que se viene programando entre el 20 al 25 de Enero próximos y que se aplazó en Mayo, debido a la crisis que se dio al interior de nuestra Cancillería con ocasión de la renuncia de la Ministra María Consuelo Araujo que dio origen a su nombramiento. Son muchos, y considero, suficientemente importantes los eventos que se encuentran programados para las próximas semanas, tanto en la agenda bilateral como en la multilateral, que comprometen mis esfuerzos y mi trabajo más recientes y justifican mi interés en concluirlos antes de apartarme del cargo. (..)



REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200800568-01
 No. INTERNO: 1689-2009
 AUTORIDADES NACIONALES
 ACTOR: MARIO GALOFRE CANO

Ante éstas condiciones y confiado en su caballerosidad y buen juicio, le ruego entender la presente como mi renuncia para que sea usted quien le ponga la fecha.

Deploro que hayamos coincidido en el gobierno por tan poco tiempo para trabajar juntos por el futuro de las relaciones de Colombia con el Brasil que, modestamente, estimo que las dejo en uno de sus mejores momentos, dejo constancia de gratitud y cariño por los funcionarios de la misión y de la cancillería que me colaboraron de manera eficiente en mis funciones, a la vez que a usted le deseo la mejor suerte en el desempeño de sus graves responsabilidades.

(...)"

Nuevamente, mediante carta enviada por el actor al Ministro de Relaciones Exteriores, se expuso (Fl. 10):

"Atendiendo su solicitud le confirmo, mi renuncia al cargo de Embajador Extraordinario y Plenipotenciario del gobierno de Colombia ante el gobierno de la República Federativa del Brasil, con fecha efectiva de 21 de Diciembre próximo, ésta vez con la antelación pedida (30 días) por el departamento de Talento Humano. En efecto, no pareciera tener justificación ya mi permanencia en el Brasil hasta finales de Enero, como se lo pedí considerar en mi carta anterior, ya que debido a los insucesos acontecidos en la reciente cumbre de Santiago considero improbable la visita oficial del Presidente Lula al Presidente Uribe anunciada para finales de ese mes, como que luce igualmente improbable la realización de la cumbre de los países de UNASUR en Cartagena para el 28 del mismo.

UD. sabe, sin embargo, que no es bien visto hacer dejación de una Embajada ante una cancillería del porte de la de Itamaraty, en menos de 60 días después de cursados los debidos avisos al gobierno correspondiente. Es más, también sabe UD. la desafortunada forma como fueron movidos de sus cargos los últimos dos embajadores que me antecedieron, prestándose tal precipitación a tristes comentarios tanto por parte de la comunidad diplomática, como de la cancillería y de la sociedad locales.

Me permito recordarle que es mi segunda vez al servicio de ésta Embajada y que esto se debió a un servicio especial solicitado por el gobierno nacional y en nada a gestión alguna de mi parte. Imaginará UD. entonces lo ofendido que me siento ante el tratamiento que se me está dando de parte de mi gobierno, que ni siquiera me da la oportunidad de atender los diversos homenajes y despedidas con que me quieren honrar amigos y autoridades, después de casi ocho años de permanecer como Embajador en el Brasil. Olvida UD. además, el ofrecimiento que me hizo de concertar la fecha de mi salida que, a su juicio, no convendría que fuera más allá del 31 de Diciembre pero que dio lugar a los planteamientos que le hice en mi correspondencia anterior de hace un mes, y que nunca mereció respuesta de su parte.

En cualquier caso debo ponerlo al corriente de que no puedo dejar mis funciones sin que medie un acto administrativo que me autorice y que me permita, a su vez, iniciar las gestiones oficiales ante la Cancillería de Itamaraty para vender mi auto y movilizar mis enseres. Una mayor demora en la expedición de tal acto administrativo necesariamente habría de



traducirse en una mayor tardanza en estar en condiciones de atender su solicitud.”

Mediante Oficio DTH No. 61226 de 26 de noviembre de 2007, suscrito por el Director de Talento Humano (e) del Ministerio de Relaciones Exteriores, se le informó al actor que al Oficio de renuncia radicado bajo el número 104073 de 21 de noviembre de 2007 no podía dársele trámite, en la medida en que no cumplía con los requisitos establecidos en los artículos 27 del Decreto 2400 de 1968 y 110 y siguientes del Decreto 1950 de 1973, según los cuales la renuncia debe ser pura y simple o inmotivada (Fl. 13).

En atención a dicha nota el actor se dirigió al Director de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante documento calendado el 28 de noviembre de 2007, en los siguientes términos (Fl. 14):

“Francamente no entiendo cómo alguien puede tomar la decisión de renunciar a un cargo sin tener un motivo (inmotivada). Y tampoco se en qué puede consistir una renuncia pura y simple que no se parezca a las que ya presenté al señor ministro en dos oportunidades.

Siendo así las cosas les ruego que procedan a redactármela en la Cancillería que yo procederé a firmarla con mucho gusto. Pero, por favor, les agradeceré no retrasar más el trámite de éste asunto que voy a acabar perdiendo las reservas de avión que ya hice para el 21 y sufriendo, en consecuencia, un perjuicio grande que no solamente habrá de afectarme a mí, sino los intereses del propio ministro que me ha solicitado que deje la Embajada antes de esa fecha para que pueda llegar el nuevo Embajador.”

Posteriormente, el 1º de diciembre de 2007, el accionante dirigió al Presidente de la República la siguiente nota:

“La presente carta se la dirijo directamente a Ud. dándole alcance a las que en el mismo sentido envié al Sr. Ministro de Relaciones Exteriores, los pasados 27 de Septiembre y 21 de Noviembre, como quiera que mi nombramiento como Embajador emanó de ése despacho. No obstante, me indican que mi pronunciamiento debo hacerlo ante Ud. de manera



"inmotivada, y/o pura u simple", lo cual creo estar cumpliendo de la forma siguiente:

Señor Presidente Álvaro Uribe Vélez: comedidamente me permito presentarle renuncia al cargo de Embajador de Colombia ante el gobierno del Brasil, cargo que bajo su mandato he venido desempeñando por poco más de dos años. Le agradecería hacer efectiva ésta renuncia, a partir del 21 del corriente mes de diciembre, para satisfacer el requerimiento que en tal sentido me ha hecho el señor canciller.

(...)

Ud. tuvo, hace escasas semanas, la gentileza de presentarme ante sus más inmediatos colaboradores con palabras elogiosas que le agradezco, al tiempo que me recomendó que empalmara con mi sucesor a quién, a la sazón (sic), desconocía: Dr. Tony Jozame Amar. Tuve el agrado de compartir con el Dr Jozame buenas cinco horas, siguiendo sus instrucciones, y, además, me puse a sus órdenes para lo que se le pudiera seguir ocurriendo. Me formé de él muy buena impresión y creo, que en la medida en que su permanencia en Brasilia sea estable y en que se esfuerce en el aprendizaje del portugués, sus capacidades lo califican sobradamente para desempeñar el cargo. El momento no podría ser más propicio para aprovechar las circunstancias objetivas en que quedan refundadas las relaciones entre los dos países.

(...)". Subrayas fuera de texto.

Mediante carta de 3 de diciembre de 2007 el actor le informó al Ministro de Relaciones Exteriores que ya tenía comprados sus pasajes de avión para el regreso al País, que había enviado carta de renuncia al Presidente y, que esperaba una pronta respuesta. Al respecto, precisó:

"De ésta forma estaré dando cumplimiento a su solicitud telefónica de apresurar mi salida de ésta Embajada para antes de que finalice el mes de diciembre, a la vez que de redactar mi dimisión en la forma como se me ha solicitado por parte de sus funcionarios."

Por último, en documento calendado el 9 de diciembre de 2007, dirigido por el actor a la Secretaría General del Ministerio de Relaciones Exteriores, se consignó (Fl. 28):

"El próximo 21 de los corrientes saldré hacia Bogotá en cumplimiento de la licencia que el ministerio acostumbra a otorgar con motivo de las fiestas de fin de año, conforme comunicamos, oportunamente, al Departamento de Talento Humano. Por intermedio de la presente le solicito que al término



de la misma se me concedan las vacaciones a las cuales tengo derecho por haber cumplido el segundo año al servicio del ministerio, desde mi revinculación en noviembre de 2.005. Me propongo aprovechar mi permanencia en Bogotá para tratar con quien corresponda las condiciones de mi retiro como embajador en Brasil y (...)”.

Luego de las referidas comunicaciones, se profirió el decreto demandado en el presente asunto, no dándosele trámite, en consecuencia, a la renuncia presentada en reiteradas oportunidades por el accionante.

Del marco normativo aplicable

En el sentido literal de las palabras, por renuncia ha de entenderse la *“dimisión o dejación voluntaria de algo que se posee, o del derecho a ello”*⁷.

Atendiendo a dicho sentido claro, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido en reiteradas oportunidades que la renuncia al cargo o empleo no sólo es una causa legal de separación del servicio, sino que, además, corresponde a la decisión del sujeto de separarse del cargo que viene desempeñando, como un producto del ejercicio de su libre albedrío, ajeno al apremio o a la coacción de un tercero.

Al respecto, en Sentencia de esta Corporación, Sección Segunda, Subsección B; de 29 de mayo de 2008; C.P. doctor Jesús María Lemos Bustamante; radicado interno No. 7119-2005, se consideró:

“Bajo estos supuestos el acto de renuncia ha sido concebido legal y jurisprudencialmente como aquel en el que no cabe duda acerca de la

⁷ www.rae.es



REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200800568-01
 No. INTERNO: 1689-2009
 AUTORIDADES NACIONALES
 ACTOR: MARIO GALOFRE CANO

voluntad de quien lo suscribe de cesar en el ejercicio del empleo que viene desempeñando. La renuncia es entonces una forma legítima de desvinculación de la administración pública prevista para empleados de libre nombramiento y remoción, empleados de carrera administrativa y aquellos nombrados en provisionalidad. Su fundamento se halla en la libertad para escoger profesión u oficio que la Constitución Política garantiza en el artículo 26.

De lo anterior se puede colegir que la renuncia es el derecho de manifestar de forma escrita e inequívoca la voluntad de retirarse del cargo que se está ejerciendo.”

A su turno, en Sentencia de la Subsección A; de 27 de marzo de 2008; C.P. doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; radicado interno No. 6881-2005, se expresó:

“... la dimisión ha de tener su origen o su fuente generatriz en el libre, franco y espontáneo impulso psíquico y querer del sujeto, que descifran su plena voluntad (artículos 27 del Decreto 2400 de 1968 y 110 a 116 del Decreto 1950 de 1973).”

Ahora bien, legalmente la renuncia se encuentra regulada en el artículo 27 del Decreto 2400 de 1968, así:

“Art. 27. Todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente.

La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta en forma escrita e inequívoca su voluntad de separarse definitivamente del servicio.

La providencia, por medio de la cual se acepte la renuncia, deberá determinar la fecha de retiro y el empleado no podrá dejar de ejercer sus funciones antes del plazo señalado, so pena de incurrir en las sanciones a que haya lugar por abandono de cargo. La fecha que se determine para el retiro no podrá ser posterior a treinta (30) días después de presentada la renuncia; al cumplirse este plazo el empleado podrá separarse de su cargo sin incurrir en abandono del empleo.

Quedan terminantemente prohibidas y carecerán en absoluto de valor, las renunciaciones en blanco o sin fecha determinada o que mediante cualesquiera otras circunstancias pongan con anticipación en manos del jefe del organismo la suerte del empleado....”

Por su parte, en el Decreto 1950 de 1973, por el cual se reglamentan los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil, se dispuso:



REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200800568-01
 No. INTERNO: 1689-2009
 AUTORIDADES NACIONALES
 ACTOR: MARIO GALOFRE CANO

"Art. 110.-Todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente."

Art. 111.-La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta por escrito, en forma espontánea e inequívoca, su decisión de separarse del servicio."

Art. 115.-Quedan terminantemente prohibidas y carecerán en absoluto de valor las renunciaciones en blanco, o sin fecha determinada, o que mediante cualquiera otra circunstancia pongan con anticipación en manos de la autoridad nominadora la suerte del empleado."

Con base en lo anterior, esta Corporación ha sostenido que las renunciaciones de las cuales no se derive dicha intención libre de apremio de separarse del cargo no pueden ser validadas por la Administración y, de presentarse dicho supuesto, no pueden ser mantenidas en el ordenamiento por la Jurisdicción, en la medida en que, se reitera, esta causal de retiro del servicio parte de la completa libertad del sujeto, expresión de su fuero interno, garantía de su reivindicación como ser humano libre y constructor de su propio destino.

También se ha sostenido, que en niveles directivos de libre nombramiento y remoción la insinuación de la presentación de la renuncia no es ilegal, pues ello obedece, en razón de la naturaleza del cargo, a la posibilidad de la máxima autoridad de la entidad de conformar su equipo de trabajo y de permitirle al funcionario una salida ajena a cualquier connotación negativa, que aunque equivocada, tiene la decisión de que su cargo sea declarado insubsistente⁸. Así mismo, se ha expresado que en cargos que son

⁸ Al respecto en la referida Sentencia de 29 de mayo de 2008, radicado interno No. 7119-2005, se consideró: *"En efecto, esta Corporación ha sostenido en varias oportunidades que la presentación de esta clase de renunciaciones, suscritas por personas que tienen calidades profesionales y un alto status jerárquico, como es el caso del actor, en atención a la discrecionalidad de que goza el nominador para separarlos del servicio, no irradia un propósito que pueda calificarse como desviado sino que tal postura atiende a consideraciones de distinta índole dada la importancia del cargo, que le permiten al respectivo funcionario desvincularse de una manera más decorosa de la entidad, evitando la declaratoria de insubsistencia."* Ahora bien, también precisa resaltar que dicha ha sido la postura que de tiempo atrás ha sostenido



considerados de tan alta jerarquía y calidades personales de quien lo ocupa, el funcionario tiene la posibilidad, dada su preparación intelectual, de decidir si acepta o no dicha insinuación. Al respecto, en providencia de esta Corporación, Sección Segunda, Subsección B; de 31 de enero de 2008; C. P. doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez; radicado interno No. 6631-2005, se expresó:

"La demandante afirma que la ilegalidad de su retiro deviene de su negativa a presentar la renuncia que se le había solicitado. En cargos como el desempeñado por la actora, ha considerado la Sala que la solicitud de renuncia que se le formula a quien sirve un empleo de estos, es válida y la insinuación de la misma no es más que un mecanismo protocolario orientado a precaver una posible declaratoria de insubsistencia, habida cuenta su característica de ser un servidor público de libre nombramiento y remoción, al que no le asistía fuero alguno de inamovilidad.

Esta Corporación ha manifestado en reiterada jurisprudencia que la simple insinuación o solicitud de renuncia por sí misma no constituye coacción invencible que elimine el acto voluntario porque frente a dichas propuestas, el funcionario puede optar por desestimar el pedido, insinuación u oferta. Al efecto puede verse la sentencia de 6 de mayo de 2004, dictada en el Expediente No. 03-2273.

El cargo que ocupaba la actora era del nivel directivo por lo que requiere determinadas condiciones intelectuales en el que no puede aceptarse que pudiese ser objeto de presiones que afectaran su dignidad y que le impidiesen discernir sobre la conveniencia de retirarse del servicio o permanecer en él esperando cualquier definición superior.⁹

esta corporación, veamos, v. gr., en Sentencia de la Subsección B; de 23 de julio de 1998; radicado No. 190-98; C.P. doctor Javier Díaz Bueno, se consideró: "La jurisprudencia de la Sala ha sido uniforme en señalar que la renuncia solicitada a los titulares de determinados de Cargos político - administrativos, como los de Ministros, Jefes o Directores de Departamento Administrativo, Superintendentes y Secretario General, etc, es válida, puesto que ella obedece a la facultad que tiene el nominador de integrar los cuadros en la cúpula administrativa en determinada entidad, para el cumplimiento de las metas tendientes a garantizar un adecuado servicio público.

La insinuación de la renuncia en dicho nivel, se convierte en un mecanismo acorde a la investidura de tales cargos, busca evitar el retiro por insubsistencia, que no es de común ocurrencia en esos destinos y se repite, no se presenta desvío de poder en la solicitud de renuncia al personal correspondiente al Nivel Directivo, dicho proceder se justifica por el rango y atribuciones que demanda la función administrativa en el cumplimiento de los fines del Estado."

⁹ En el mismo sentido, ver la Sentencia de la Subsección A; de 14 de junio de 2007; C.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero; radicado interno No. 6681-2005; en la cual se sostuvo: "Además, en reiterada jurisprudencia de la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación la simple insinuación o solicitud de renuncia por sí misma no constituye una coacción invencible que elimine el acto voluntario porque frente a dichas propuestas, el empleado puede desechar la oferta, insinuación o solicitud sin que ello le acarree consecuencias desfavorables. En el caso presente frente a la solicitud del nominador, como ya se dijo, bien pudo el demandante optar de forma diferente y no lo hizo. No resulta válido, entonces, desconocer posteriormente el contenido de su voluntad expresada sin coacción, para deshacer una situación jurídica que con la aceptación se hizo irrevocable."



Es oportuno resaltar, asimismo, que el Decreto Ley 274 de 2000, cuerpo normativo aplicable en el presente asunto, contiene la obligación de los Jefes de Misión Diplomática de presentar renuncia una vez concluya el periodo Constitucional del Presidente de la República, bajo cuyo Gobierno haya desempeñado su Misión. Al respecto, precisó el artículo 91 *ibídem*:

“Los Jefes titulares de las Misiones Diplomáticas deberán presentar renuncia a sus cargos, mediante comunicación escrita, al concluir el período constitucional del Presidente de la República, bajo cuyo Gobierno hayan desempeñado su Misión. La renuncia de los Embajadores inscritos en la Carrera Diplomática y Consular no afectará su situación dentro de la misma ni hará perder el derecho a los beneficios laborales especiales de que trata el artículo 62 de este Decreto, en lo que a ello hubiere lugar.”

Conclusiones

Descendiendo al caso en estudio, encontramos que evidentemente en las cartas de renuncia que radicó el actor ante la Presidencia de la República y el Ministerio de Relaciones Exteriores no se expresó su deseo de retirarse del cargo, aunque fuera simplemente con el ánimo de dejar en libertad a su nominador de confirmar un nuevo equipo de trabajo, a pesar de la naturaleza de su nombramiento y del carácter del cargo que ejercía¹⁰. Por el contrario, en todas sus manifestaciones, se acompañaba a la misma un relato mas o menos detallado de la idoneidad con que se desempeñaba su labor, de la solicitud de renuncia que había efectuado el Ministro de Relaciones Exteriores, así como también de la necesidad de conservar su lugar de trabajo por lo menos hasta el mes de febrero de 2008; por tal

¹⁰ Al respecto, es de precisar que el mismo actor en su escrito de apelación sostiene: “3. Obvio Honorables Consejeros que no existía la decisión pusa y simple de retirarse, es increíble, árece que el Tribunal no entendió siquiera de que se trataba este proceso, pues claro que no había decisión de retiro, fue que al doctor GALOFRE le pidieron su renuncia, se la exigieron, lo constrñieron a presentarla” (Fl. 390).



REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200800568-01
No. INTERNO: 1689-2009
AUTORIDADES NACIONALES
ACTOR: MARIO GALOFRE CANO

motivo, la Entidad le informó que dicha renuncia no podía ser tramitada.

A pesar de abordarse este análisis, ha de precisarse, que el actor no demandó v. gr. el acto por el cual el Ministerio le informó que no daría trámite a su renuncia ni ningún acto por el cual presuntamente se le hayan negado las cartas últimas a través de las cuales presentó dimisión de su cargo, razón por la cual, la negativa de la Administración de aceptar su renuncia no puede ser objeto de consideraciones adicionales.

En todo caso, lo que sí ha de resaltarse es que el hecho de la insinuación de la renuncia no evidencia, por sí mismo, un ánimo mal intencionado o desviado de la Administración por retirar al actor, por condiciones políticas, ideológicas o de otra índole, máxime cuando fue el mismo Presidente de la República quien lo nombró en el cargo en el 2005 y, posteriormente, con la concurrencia del Ministro de Relaciones Exteriores, lo retiró. En este sentido, entonces, se resalta que el referido hecho, aisladamente observado, no evidencia razones ajenas al buen servicio en la decisión de retirar del servicio al actor. En el presente asunto lo que se observa *prima facie*¹¹ es que el mecanismo de la insinuación de la renuncia, obedeció mas bien, como lo ha sostenido la Jurisprudencia, a evitar, en un primer momento, la declaratoria de insubsistencia.

Establecido lo anterior, a continuación se analizan los cargos incoados en la demanda y en el recurso por la parte actora.

¹¹ Pues a continuación se abordará el análisis de los vicios incoados por el actor al acto demandado, entre ellos la desviación de poder.



a) Infracción a normas superiores (artículos 6º, 29 y 83 de la Constitución Política)¹².

Al tenor de lo expresado por el actor, en este punto hay que resaltar que, a pesar de que no se demandaron los actos expresos o fictos por los cuales no se le dio trámite a su renuncia, la Sala no encuentra ilegalidad en la actuación de la Administración, en la medida en que de un análisis de las cartas presentadas con tal objeto se evidencia que el actor en todo momento expresó la intención de no retirarse del cargo, así como también de que su decisión era producto del requerimiento e incluso "hostigamiento" del Ministro de Relaciones Exteriores de la época.

Adicionalmente, el hecho de que se le hayan solicitado tres renunciaciones, como lo expresa el actor en contradicción con la afirmación de que nunca obtuvo respuesta de la Administración a cada una de ellas, tampoco desvirtúa *per se* la ilegalidad del acto demandado, el cual, además, no se refiere a las renunciaciones presentadas sino que expresa la decisión de declarar insubsistente su nombramiento en el cargo de Embajador Extraordinario y Plenipotenciario.

Finalmente, en cuanto a la incidencia que posiblemente tuvo el hecho de que el actor hubiera viajado a Bogotá en el mes de diciembre de 2007, esto es, si lo fue o no con autorización del Ministro de Relaciones Exteriores, cabe referir el siguiente material probatorio:

¹² Todas aquellas consideraciones relativas a una desviación de poder serán abordadas concretamente en el aparte destinado dentro de esta providencia para tal fin.



REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200800568-01
 No. INTERNO: 1689-2009
 AUTORIDADES NACIONALES
 ACTOR: MARIO GALOFRE CANO

- Por Resolución No. 6057 de 24 de diciembre de 2007, proferida por el Ministro de Relaciones Exteriores, se efectuó un encargó de los Negocios a.i. de Colombia ante el Gobierno de Brasil durante el periodo comprendido entre el 24 y el 30 de diciembre, ante la ausencia del actor, quien se desempeñaba como Embajador Extraordinario y Plenipotenciario. Con tal objeto, se argumentó (Fl. 31):

"Que mediante Circular No. 135 de octubre de 2007, ..., se organizaron tres (3) turnos de descanso para Navidad y Año Nuevo, para que los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores puedan disfrutar de las festividades de Fin de Año.

*Que mediante memorando E-0347 del 11 de octubre de 2007, el Embajador de Colombia ante el Gobierno de Brasil, **MARÍO** (sic) **GALOFRE CANO**, informó que tomará el Primer Turno (del 24 al 28 de diciembre de 2007).*

(...)"

- En su declaración, Camilo Reyes Rodríguez, quien se desempeñaba como Viceministro de Relaciones Exteriores durante la época en que el actor ejerció su cargo de Embajador, expresó:

"... hace aproximadamente un año y cuatro meses ...el Dr. Fernando Araujo me comentó que el Gobierno Nacional había tomado la decisión de hacer un cambio en la Embajada de Colombia en el Brasil. No recuerdo la fecha, pero recuerdo haber estado en el Despacho del señor Ministro cuando se comunicó con el Embajador Galofre y en esa ocasión le expresó que deseaba hablar con él porque el gobierno nacional había tomado una decisión en relación con la Embajada en el Brasil. Algunos días después supe aunque no era mi área de trabajo que el Embajador había enviado una renuncia, pero esa renuncia no se había podido tramitar y más adelante en el mismo año el señor Ministro de relaciones Exteriores me pidió que le comunicara al embajador Galofre, que le gustaría hablar con él personalmente y que para ese fin se podía usar el período de vacaciones que se otorga en la época de navidad, le comente (sic) al Dr. Galofre que si estaba pensando en venir a Bogotá en esa época, es decir, finales del 2007, le era pertinente como le indicaba el Canciller que se encontraran para hablar personalmente. (...)". Negrilla fuera de texto.



Estos medios de convicción, permiten concluir que el Dr. Galofre Cano sí contaba con autorización, por lo menos, de retirarse de la Embajada de Colombia en el Brasil durante algunos días del mes de diciembre del año 2007, pues incluso se efectuó Encargo de negocios a.i, al tenor de lo establecido en la Convención de Viena¹³. Dicha actuación no refleja por parte de la Administración una intención oculta de traer al actor a Bogotá y luego ponerlo en situación de ilegalidad como él lo manifestó y que se entiende como algo similar a un abandono del cargo, pues, no solamente había acto administrativo que explicaba su ausencia por esos días sino que además su retiro no obedeció a vacancia del cargo sino a insubsistencia de su nombramiento.

(b) Violación directa a la Ley.

En este punto y frente a la renuncia, por economía procesal, se remite la Sala a lo expuesto in extenso en el acápite anterior así como también a lo expresado en el punto en el que se analizó este tópico, al amparo del material probatorio allegado al expediente y de la normatividad aplicable, para concluir, entonces, que no se evidencia ilegalidad en la insinuación de la renuncia y en el hecho de que ella no se hubiera aceptado.

Finalmente, en cuanto a la situación pensional esgrimida por el actor bajo este cargo, ha de resaltarse que en la medida en que no se demuestre la ilegalidad del acto demandado no es viable sostener que la existencia de solución de continuidad en su relación laboral haya producido efectos negativos frente a su derecho pensional.

¹³ Artículo v de la Convención de Viena, aprobada mediante la Ley 6ª de 1972.



REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200800568-01
 No. INTERNO: 1689-2009
 AUTORIDADES NACIONALES
 ACTOR: MARIO GALOFRE CANO

(c) Falsa motivación y desviación de poder¹⁴.

A pesar de que las causales referidas son autónomas dentro del ordenamiento contencioso administrativo y que la primera obedece a la causa del acto mientras que la segunda la finalidad del mismo, es de resaltar que en la medida en que ambas se dirigen en el presente asunto a acreditar la ilegalidad del acto por carencia de motivos dirigidos al buen servicio en la decisión de su retiro, serán estudiadas conjuntamente, al amparo principalmente del segundo cargo incoado en el recurso de apelación por la parte actora.

Con tal objeto lo primero que ha de resaltarse es que la existencia de facultades discrecionales, expresadas en el presente asunto a través de la declaratoria de insubsistencia del cargo, no es incompatible con la vigencia de un Estado Social y Constitucional en la medida en que se ejerzan como un poder en derecho y conforme al derecho, cuya regla y medida es la razonabilidad. En este sentido, la posibilidad de la Administración de adoptar decisiones fundadas en criterios de oportunidad y conveniencia, sin embargo, dentro de un sistema de pesos y contrapesos no es ajena al control en sede judicial¹⁵. Esta Corporación reiteradamente ha sostenido

¹⁴ En los términos establecidos en el artículo 84 del C.C.A., esta causal se dirige a analizar la legalidad del acto desde su finalidad. Al respecto, en sentencia de esta Subsección, de 12 de febrero de 2009, C. P. doctora Berta Lucía Ramírez de Páez, radicado interno No. 3009-2004, actor: Ángel Ovidio Buitrago Leguizamón, se sostuvo: *"La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en los actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (artículo 2o. de la Constitución Política y artículo 2o. del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser."*

¹⁵ Al respecto, en sentencia de esta Subsección, de 27 de marzo de 2003, C. P. doctor Jesús María Lemos Bustamante, radicado interno No. 2366-02, actor: Francisco Javier Caballero Hurtado, se consideró: *"Así las cosas, el quid de la discrecionalidad no versa hoy en día sobre su existencia, la cual no se discute, sino hasta dónde es legítimo el ejercicio del control judicial y en qué consistiría dicho control, partiendo del principio, ecuménicamente aceptado, según el cual la discrecionalidad sólo puede ser concebida como legítima en un Estado de Derecho en la"*



que si bien las razones del servicio se presumen, de demostrarse la existencia de vicios que desvirtúen la presunción de legalidad, la decisión debe ser retirada del ordenamiento jurídico.

Al amparo de esta trascendental precisión, a continuación se procede a analizar cada uno de los argumentos expuestos por el actor, relacionado primero el material probatorio allegado al proceso.

(a) De las calidades del actor en el ejercicio del cargo de Embajador Extraordinario y plenipotenciario.

- Testimonio de Camilo Reyes Rodríguez, quien expresó haber laborado como Viceministro de Relaciones Exteriores durante la época en que el actor ejerció su cargo de Embajador y que le constaba la excelente labor desempeñada por el actor en Brasil en beneficio del país, al respecto, puntualizó:

"El Embajador Galofre volvió a ser nombrado como Embajador en el Brasil hacia el año 2005 y puedo también dejar constancia de la importancia de su gestión como embajador. Las relaciones políticas llegaron entonces y se mantienen en un altísimo nivel, el comercio con el Brasil mejoró y en forma particular la inversión extranjera directa Brasileña en Colombia."

(b) De la presunta ausencia de calidades del Doctor Tony Jozame Amar.

- Por Decreto No. 002 de 4 de enero de 2008, proferido por el Presidente de la República, se nombró a Tony Jozame Amar, en el

medida en que aprecie el interés general en relación con otros intereses múltiples y heterogéneos que aparecen en el ordenamiento jurídico – como por ejemplo la estabilidad de los trabajadores – , con el fin de elaborar, en un marco de justicia y respeto por los derechos fundamentales, la decisión que mejor se aproxime a aquella que pueda ser calificada como la más adecuada."



REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200800568-01
 No. INTERNO: 1689-2009
 AUTORIDADES NACIONALES
 ACTOR: MARIO GALOFRE CANO

cargo de Embajador Extraordinario y Plenipotenciario, Grado Ocupacional 7 EX, en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Brasil, en reemplazo de Mario Galofre Cano (Fl. 213).

- Frente al cumplimiento de los requisitos del Doctor Jozame Amar para el ejercicio del cargo, específicamente la experiencia diplomática y el dominio del portugués, el Ministro de Relaciones Exteriores expresó en la contestación al interrogatorio formulado por la parte actora dentro del presente proceso, que:

"... los Embajadores deben acreditar los requisitos de ley previstos en el Régimen del Servicio Exterior de la República que esté vigente para poder entrar en su desempeño, sean o no inscritos en el escalafón de la carrera diplomática y consular. Por lo anterior, la experiencia diplomática previa no está prevista para el desempeño de los cargos diplomáticos, cuando su nombramiento no recaer en funcionarios escalafonados.

(...)

El conocimiento que se tiene es que en el evento de que alguno de los agentes diplomáticos incluido el Embajador de Colombia ante el Gobierno de Brasil, no hable el idioma portugués lo logra al poco tiempo de permanencia."

- Comparación de las Hojas de Vida:

HOJAS DE VIDA ¹⁶		
Criterios	Mario Galofre Cano	Tony Jozame Amar
Fecha de nacimiento	26/08/1939	10/05/1962
Títulos pregrado y postgrado	Economista (Título Univ)	Abogado (Título Univ)
	Filosofía de la Educación (Maestría)	Especialista en Derecho Comercial
	Especialista en Derecho Administrativo
Idiomas	Ingles (habla, lee y escribe bien)	Ingles (habla y escribe regular, lee bien)
	Portugués (habla y lee bien, escribe regular)

¹⁶ Folios 210 a 212 y 214 a 216.



Cargos públicos y privados ¹⁷	Colegio Gimnasio Moderno (Rector)	Gobernación de Caldas
	Ministerio de Relaciones Exteriores (Embajador de Colombia ante Brasil)	Congreso de la República (Representante)
	Seguros Bolívar	Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial
	Fescol (Consultor)

(c) Del trámite de beneplácito del Embajador entrante.

A folio 27 del expediente reposa copia del fax remitido el 27 de septiembre de 2007 por el Viceministro de Relaciones Exteriores, encargado de las funciones del Despacho del Ministro de Relaciones Exteriores, al Embajador Mario Galofre Cano, en el cual manifiesta:

"Para su conocimiento y con el propósito de coadyuvar en el trámite pertinente, de la manera más atenta me permito remitir copia de la solicitud de beneplácito y la hoja de vida del doctor Tony Jozame Amar, cuyo original fue entregado la semana pasada al Embajador de Brasil en Colombia".

(d) De las circunstancias que rodearon el retiro del actor.

- Al respecto, el testigo Camilo Reyes Rodríguez expresó:

"Lo que conocí en la época en forma extraoficial era que quien había sido ViceMinistro del Medio Ambiente el Dr. TONY JOZAME sería nombrado embajador en el Brasil así lo comunicaron algunos medios de comunicación. PREGUNTADO: Conoció usted si las razones que inspiraron la decisión de retiro del Dr. Galofre tenían que ver con el mejoramiento del servicio o por el contrario obedecieron a otros intereses, sírvase informar todo cuánto sepa y le conste al respecto?. CONTESTO: Yo deseo confirmar que desde mi punto de vista personal como viceministro de Relaciones exteriores de la época, el cumplimiento y desarrollo de las funciones de embajador de Colombia en el Brasil por parte del Dr. Galofre fue en mi opinión excelente. Supe por diferentes

¹⁷ Experiencia relacionada antes de la vinculación con el Ministerio de Relaciones Exteriores que se cuestiona en el presente proceso.



REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200800568-01
No. INTERNO: 1689-2009
AUTORIDADES NACIONALES
ACTOR: MARIO GALOFRE CANO

medios que el gobierno tenía la intención de hacer un cambio y que en principio la persona que sería nombrada era el Dr. JOZAME, pero fuera de esa información no conozco ni de otras consideraciones ni razones para el cambio que posteriormente se llevó a cabo."

En relación con las razones por las cuales no se tramitaron las renunciaciones presentadas por el actor el testigo afirmó que, a pesar de no estar muy bien enterado en la medida en que dicho trámite no llegaba a su Despacho, sí recordaba que:

"... la agenda de relaciones exteriores en ese momento con el Brasil revestía mucha importancia, porque estaban previstas dos actividades de muy alto nivel que estaban llamadas (sic) a llevarse a cabo en el mes de enero, febrero del año 2008 y que correspondían a una visita del presidente Lula a Colombia y a la realización de la reunión de la Comisión de Vecindad con el Brasil y que ambas actividades aconsejaban la permanencia del embajador por lo menos hasta ese mes."

Finalmente, concluyó el deponente en relación la declaración de insubsistencia:

"... cuando me enteré de la declaratoria de insubsistencia, me llamó la atención que ese hubiese sido el procedimiento a que llegó la administración, pero no tengo nada más que decir."

- Testimonio de Álvaro Alfonso Perdomo González, quien para la fecha en que se adelantó el trámite de renuncia y posterior declaratoria de insubsistencia objeto de la presente litis se desempeñaba en el Ministerio de Relaciones Exteriores como Director del Talento Humano (e). Frente al trámite de renuncia, expresó.

"Lo primero que debo narrar es que estaba encargado de la Dirección de Talento Humano, cargo desde el cual conocí la presentación de una carta de renuncia, creo recordar con fecha del mes de septiembre, la cual no reunía los requisitos establecidos en normas legales y reglamentarias específicamente el capítulo segundo del Decreto 1950 de 1973, en cuanto que debe tener una fecha precisa en la cual se pretende hacer dejación del cargo. Por esta circunstancia y que por el contenido de la misma se podía



establecer que no contenía una intención clara e inequívoca de dejar el cargo, se produjo un documento suscrito por mi dirigido al Dr. Galofre Cano, mediante el cual se le manifestó lo afirmado anteriormente.”

En cuanto a la declaratoria de insubsistencia, el testigo expresó:

“PREGUNTADO: Conoce usted las circunstancias de tiempo modo y lugar en que ocurrió la insubsistencia del nombramiento del Dr. Galofre Cano en el cargo de Embajador ante el Gobierno de Brasil? En caso afirmativo, sírvase manifestar todo cuánto sepa y le conste al respecto?. CONTESTO: En el caso de la insubsistencia del Dr. Galofre Cano, los nominadores para este caso el señor Presidente de la República y el Ministro de Relaciones Exteriores hicieron uso de la facultad discrecional que les otorga la Constitución y las leyes sobre la materia, esto es de nombrar y remover libremente a sus servidores públicos máxime en el caso del Dr. Galofre Cano que no pertenecía a la Carrera Diplomática y Consular y que de conformidad con lo establecido en el Decreto 274 de 2000, dichos funcionarios no pertenecientes a la carrera pueden ser removidos en cualquier momento. (...) PREGUNTADO: Recuerda usted en qué fecha se ordenó preparar el decreto de insubsistencia del Dr. Galofre como Embajador en Brasil?. CONTESTO: Concretamente no recuerdo la fecha exacta en la que se preparó el Decreto del Dr. Mario Galofre Cano, pues como se entenderá en esta Dependencia la Dirección de Talento Humano se preparan, tramitan y comunican todas las situaciones administrativas de aproximadamente 1.200 funcionarios.”

Finalmente, en cuanto al “hostigamiento” del que, según su dicho, fue objeto el actor por parte del Ministro, el testigo afirmó:

“No me consta que se haya ejercido por parte del canciller un hostigamiento al Dr. Galofre Cano para que hiciera dejación de su cargo, como lo he repetido en varias oportunidades la facultad discrecional les permite a los nominadores reorganizar la planta de personal, esto es, nombrando y removiendo a los funcionarios y considero que este hecho no se pueda interpretar como un hostigamiento. Si se produjo una respuesta por parte del ministerio a la carta de renuncia presentada por el Dr. Galofre Cano en el mes de septiembre en el sentido de dicha carta no reunía los requisitos en las normas legales y reglamentarias específicamente el Decreto 2400 y el Decreto 1950 de 1973.”

ANÁLISIS PROBATORIO

Establecido lo anterior y en atención a que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 174 del C.P.C., toda decisión judicial debe



REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200800568-01
No. INTERNO: 1689-2009
AUTORIDADES NACIONALES
ACTOR: MARIO GALOFRE CANO

fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, las cuales, según lo ordenado por el artículo 187 ibídem, deben ser apreciadas en su conjunto y a la luz de las reglas de la sana crítica, la Sala procede a efectuar un análisis razonado del material probatorio recaudado, así:

I. En cuanto a las condiciones del actor.

Para la Sala es claro que el actor era una persona idónea para el ejercicio del cargo de Embajador Extraordinario y Plenipotenciario, y que durante el ejercicio de su último periodo cumplió una misión de gran relevancia en el manejo de las relaciones exteriores entre Colombia y el País vecino. Empero, en reiteradas oportunidades esta Corporación ha sostenido que ese sólo hecho no genera inamovilidad en cargos que como el presente son de libre nombramiento y remoción, pues el buen ejercicio de las funciones es una obligación legal en la prestación del servicio público; razón por la cual, la eficiencia y excelencia del ejercicio del actor es lo mínimo que se espera de quien asume un rol tan trascendental en la política exterior del País.

II. En cuanto a las condiciones del Embajador entrante, Tony Jozame Amar.

Al respecto, del análisis de las hojas de vida se evidencia que al igual que el actor el señor Jozame Amar era Colombiano de nacimiento, ostentaba un título profesional legalmente convalidado y hablaba un idioma adicional al español de uso diplomático, el inglés.



Así mismo, se evidencia que si bien no ostentaba experiencia diplomática dicho requisito al tenor de lo probado dentro del proceso y de lo manifestado por el Ministro de Relaciones Exteriores en su declaración no era necesario para el ejercicio del cargo, así como tampoco lo era el conocimiento del idioma portugués.

También se evidencia, al tenor de lo establecido en el artículo iv de la Convención de Viena¹⁸, que analizada la hoja de vida del actor por el Gobierno del Brasil éste le dio su beneplácito, pues efectivamente el referido funcionario ejerció su cargo como Embajador, razón por la cual, el hecho de haberse obtenido dicha anuencia por parte del Estado receptor es indicativo de que las calidades del señor Jozame Amar eran las idóneas para el ejercicio del cargo.

A su turno, es de resaltar que no son de recibo las afirmaciones del actor expuestas en su mayor parte en el recurso de apelación, tendientes a afirmar que es un hecho notorio la falta de idoneidad del señor Jozame Amar ante los reportes publicados en diferentes medios de comunicación sobre el posible comprometimiento de su responsabilidad en el escándalo de la aprobación en el Congreso de la República de la segunda reelección del Presidente Uribe, lo cual evidenciaría, en su sentir, que el nombramiento del que fue objeto fue el pago por un favor al primer mandatario. Y no son de recibo dichas afirmaciones, en la medida en que no puede tomarse como un hecho cierto la responsabilidad del referido funcionario en el caso

¹⁸ "ARTICULO IV

1. El Estado acreditante deberá asegurarse de que la persona que se proponga acreditar como jefe de la misión ante el Estado receptor ha obtenido el asentimiento de ese Estado.
2. El Estado receptor no está obligado a expresar al Estado acreditante los motivos de su negativa a otorgar el asentimiento."



de la denominada "yidispolítica"; ni que, previo un proceso garante del debido proceso, se considere que efectivamente su nombramiento obedeció a un favor político y no a sus condiciones personales.

También es preciso retomar una de las afirmaciones del Viceministro de Relaciones Exteriores en su declaración en este proceso, quien fungió como tal hasta el mes de octubre de 2008, esto es, luego de 10 meses de que se nombrara como Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de Colombia ante el Gobierno de Brasil al señor Tony Jozame Amar. Veamos:

"Las relaciones políticas llegaron entonces y se mantienen en un altísimo nivel, el comercio con el Brasil mejoró y en forma particular la inversión extranjera directa Brasileña en Colombia." negrilla fuera de texto.

Lo anterior evidencia que, en consideración del Viceministro, durante el ejercicio del cargo del actor las relaciones bilaterales llegaron a un altísimo nivel, sin embargo, ellas se *mantienen*, lo cual implicaría que aun con la entrada del señor Jozame Amar la prestación del servicio no desmejoró.

En conclusión, debe afirmarse que de la prueba obrante dentro del expediente no puede afirmarse, como lo hizo el actor, que el servicio prestado se haya desmejorado, pues no sólo no se demostró la falta de requisitos o idoneidad del actor para el ejercicio del cargo sino que no se acreditaron pruebas que dieran cuenta del desmejoramiento del servicio con posterioridad al retiro del actor de la Embajada de Colombia en el Brasil.



III. Del trámite de beneplácito del Embajador entrante.

En este punto el actor alegó que el hecho de que el beneplácito del Embajador entrante se haya tramitado a través de la Embajada de Brasil en Colombia y no de la Embajada de Colombia en Brasil, constituye un claro indicio de la desviación de poder del acto demandado.

Sin embargo, al tenor de lo expuesto en el artículo iv de la Convención de Viena, ya citado, no se evidencia que legalmente haya un trámite específico para adelantar el beneplácito, esto es, que se haga a través de una Embajada determinada; razón por la cual, por este cargo la demanda no tiene vocación de prosperidad, pues no se evidencia un hilo conductor entre los dos hechos; por el contrario, lo que si deja entrever el referido trámite de beneplácito es que mucho antes de que al actor se le negara el trámite de su renuncia el Gobierno ya había tomado la decisión de retirarlo y de nombrar una nueva persona en dicho cargo¹⁹; razón por la cual, carece de absoluto asidero probatorio sostener, como lo hizo el actor, que el no haber presentado la renuncia de manera simple dio lugar a que el orgullo del Ministro de Relaciones Exteriores determinara la decisión de la insubsistencia.

IV. De las circunstancias que rodearon el retiro del actor.

Del análisis del material probatorio resaltado en el referido acápite, así como de una lectura integral de todo el expediente, se evidencia

¹⁹ Pues, al respecto nótese que la solicitud del beneplácito del nuevo Embajador se inició una semana antes del 27 de septiembre de 2007.



REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200800568-01
No. INTERNO: 1689-2009
AUTORIDADES NACIONALES
ACTOR: MARIO GALOFRE CANO

que la decisión de retiro del actor estuvo precedida de una insinuación de renuncia, la cual no es ilegal, y que fue adoptada de cara al poder discrecional del nominador, el cual, en el presente asunto, no se probó se hubiera ejercido de manera arbitraria, pues no se evidencian motivos políticos, ideológicos o de otro tipo de por medio, o razones que hubieran implicado un desacuerdo con el actor, que lo hubieran determinado.

Por el contrario, de lo expuesto por el mismo actor en una de sus cartas es que el Presidente de la República reconoció su labor ante sus colaboradores y que en el Ministerio se le apreciaba por la excelencia en la prestación de su servicio. Tampoco se acreditó que el retiro del actor y la llegada de un Embajador haya implicado un deterioro en las relaciones entre los dos países ni, en términos generales, un desmejoramiento en el servicio; finalmente, lo que ha de concluirse es que la decisión de su remoción obedeció, dentro del marco legal, a la necesidad de conformar un nuevo equipo de trabajo en la Embajada de Colombia en el Brasil.

También cabe resaltar que aunque en principio las razones del actor para no renunciar a su cargo estuvieron relacionadas con la existencia de una agenda hasta el mes de febrero de 2008 inaplazable y que aconsejaba su permanencia, es de resaltar que en las copias de los correos electrónicos cruzados entre el actor, en condición de Embajador de Colombia en Brasil, y el señor Tony Jozame Amar, designado en su reemplazo, en el mes de diciembre de 2007 no se discuten cuestiones esenciales para la Misión sino más bien asuntos locativos de empalme (folios 18 a 23). Así mismo, tampoco obra prueba dentro del expediente que evidencie que



como consecuencia del retiro del actor se haya afectado dicha agenda, más bien hacia el 20 de diciembre de 2007 el actor ya admitió en varios documentos que su permanencia no era necesaria para las relaciones de los dos países.

Ahora bien, la afirmación del ex Viceministro dentro de su declaración referida a que no sabe por qué la administración llegó a la declaración insubsistencia no es indicativo de la desviación de poder en el presente caso, pues, por un lado, nótese que en su declaración sostiene que a él no le llegaban las cartas de renuncia sino a otra dependencia, razón por la cual él no podía estar enterado de la procedencia o no del trámite de las cartas allegadas por el accionante a la luz de la normatividad aplicable; y, adicionalmente, dicha afirmación tampoco es indicativo de la existencia de motivo oculto alguno en la decisión de separación del cargo del actor.

Por último, cabe referir que de la declaración rendida por el Señor Presidente de la República, Doctor Álvaro Uribe Vélez, tampoco cabe derivar motivo o fin oculto a la declaración de insubsistencia del actor, pues en ella él se limita a precisar que todos los funcionarios debían acreditar los requisitos de Ley, que desconocía si la actividad del actor había incidido en la expansión de la inversión y que él no había dado instrucción alguna relacionada con solicitud de renuncia (FIs. 282 a 286).

Estas afirmaciones, en consecuencia, no pueden suplir la falencia probatoria relacionada con el desmejoramiento del servicio que alegó el actor en su demanda.



REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200800568-01
No. INTERNO: 1689-2009
AUTORIDADES NACIONALES
ACTOR: MARIO GALOFRE CANO

En conclusión, sobre este aspecto, cabe afirmar que aun cuando se sostiene que el ejercicio de la facultad discrecional no es omnímodo, en el presente asunto el actor no acreditó probatoriamente la existencia de fines diferentes al buen servicio en su retiro del servicio; razón por la cual, no es viable acceder a sus pretensiones.

Por estas razones, entonces, no encuentra la Sala que en la decisión de retiro del actor se hayan presentado los vicios de legalidad alegados en la demanda.

Conclusiones

En los términos anteriormente expuestos, se impone, en consecuencia, confirmar la decisión del Tribunal.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFÍRMASE la Sentencia de 2 de julio de 2009, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación - Departamento Administrativo



REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200800568-01
No. INTERNO: 1689-2009
AUTORIDADES NACIONALES
ACTOR: MARIO GALOFRE CANO

de la Presidencia de la República y negó las pretensiones de la demanda incoada por Mario Galofre Cano contra la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**Cópiese, Notifíquese Devuélvase al Tribunal de Origen,
Cúmplase**

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.


BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ


GERARDO ARENAS MONSALVE


VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA